



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 2, am 28. April 2021 durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht ...,
die Richterin am Verwaltungsgericht ...,
den Richter ...

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Ausschluss der Antragstellerin vom Schwimmtraining, das im Rahmen des Schulsports stattfindet, wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin und der Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte.

Der Streitwert wird auf 2.500 € festgesetzt.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – in elektronischer Form beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Obergericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form (s.o.) beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

G r ü n d e:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dagegen, dass der beigelegte Hamburger Schwimmverband e.V. sie vorläufig von einem als Schulsport geltenden Schwimmtraining ausgeschlossen hat, da sie sich weigert, einen Corona-Test durchzuführen.

Die am 16. Januar 2020 geborene Antragstellerin besucht seit August 2020 die Sportklasse der 5. Jahrgangsstufe der Stadtteilschule Diese Schule wurde im Dezember 2006 vom Deutschen Olympischen Sportbund als Eliteschule des Sports anerkannt und gehört zu den zur Zeit 40 zertifizierten Eliteschulen des Sports deutschlandweit, die eine besondere Sportförderung gewährleisten. Die Schülerinnen und Schüler erhalten auf Vorschlag der Verbandstrainer eine Sportnote, die von der Zeugiskonferenz festgesetzt wird. Die Antragstellerin wurde zuletzt am 5. März 2021 für das Kalenderjahr 2021 vom Hamburger Schwimmverband in ein Förderprogramm für die Hamburger Nachwuchsförderung aufgenommen. Das Schwimmtraining wird grundsätzlich im Landesleistungszentrum (...) in der

Nähe der von der Antragstellerin besuchten Schule durchgeführt. Das Training wurde zunächst aufgrund der Corona-Pandemie ausgesetzt. Gegenwärtig wird nach Angaben der Antragstellerin viermal wöchentlich vom Beigeladenen Schwimmtraining für sie angeboten; ausweislich einer Informationsbroschüre (https://www.osphh-sh.de/wp-content/uploads/2020/03/Vorlage_Informationsbroschuere-EdS.pdf, S. 3, Abruf v. 28.4.2021) sind in den Klassenstufen fünf und sechs zweimal zwei Stunden Training in den Stundenplan eingebaut. Aufgrund der Corona-Pandemie wird Schülerinnen und Schülern der fünften Jahrgangsstufe von Stadtteilschulen gegenwärtig grundsätzlich nur Distanzunterricht erteilt.

Mit einer E-Mail vom 26. März 2021 teilte der Hamburger Schwimmverband den Eltern und Kindern die Wiederaufnahme des Trainingsbetriebes zum 29. März 2021 mit. Der Verband begrüße es stark, wenn vor dem ersten Training ein höchstens 24 Stunden alter negativer Schnelltest vorgelegt werde. Auch in einer E-Mail der Schule vom 26. März 2021 wurde diese Information an die Antragstellerin und ihre Eltern weitergeleitet. Der Vater der Antragstellerin erklärte sodann per E-Mail, seine Tochter solle nicht getestet werden, sie sei gesund. Mit E-Mail des Hamburger Schwimmverbandes vom 28. März 2021 wurde dem Vater der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Antragstellerin daraufhin bis auf weiteres vom Schwimmtraining ausgeschlossen werde. Der Protest des Vaters blieb erfolglos.

Mit dem am 31. März 2021 beim Verwaltungsgericht Hamburg eingegangenen Eilantrag begehrt die Antragstellerin ihre vorläufige Teilnahme am Schwimmunterricht.

Mit der 11. Fassung des Muster-Corona-Hygieneplans für alle Schulen in der Freien und Hansestadt Hamburg (gültig ab dem 6. April 2021) ordnete die Antragsgegnerin erstmals unter Ziffer 1.2. verpflichtende Schnelltests für Laien bei Schülerinnen und Schülern an, die Präsenzangebote an der Schule wahrnehmen wollen. Dort heißt es:

„1.2. Verpflichtende Schnelltest für Laien bei Schülerinnen und Schülern

Schülerinnen und Schüler, die Präsenzangebote an der Schule wahrnehmen, werden ab dem 6.4.2021 nur zugelassen, wenn sie zuvor am selben Tage unter Aufsicht der Schule einen Selbsttest mit negativem Ergebnis durchgeführt haben oder einen PCR Test vorlegen, der § 10 d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO entspricht und nicht älter ist als 48 Stunden. Dies gilt nicht für Schülerinnen und Schüler der Vorschulklassen. Verweigern Schülerinnen und Schüler eine Selbsttestung, werden sie im Distanzunterricht unterrichtet.

Die Testpflicht umfasst mindestens zwei verpflichtende Tests in jeder Kalenderwoche. Schülerinnen und Schüler, die durchgängig an Präsenzangeboten teilnehmen, testen sich am Montag und am Mittwoch, andere Schülerinnen und Schüler testen

sich am ersten Tag ihrer Anwesenheit in jeder Kalenderwoche und am zweiten folgenden Tag der Woche, soweit dieser Tag ein Tag ist, an dem ein schulisches Angebot wahrgenommen wird. Besuchen Schülerinnen und Schüler im wöchentlichen Wechselunterricht den Präsenzunterricht, testen sie sich in der Präsenzwoche vier Mal, in der Distanzwoche findet keine verpflichtende Selbsttestung statt.

Bei einem positiven Schnelltestergebnis gelten die Meldeverpflichtungen aus Kap. 15.“

Zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gilt die 12. Fassung des Muster-Corona-Hygieneplans der Antragsgegnerin, die hinsichtlich der Regelungen in Ziffer 1.2. keine Veränderungen vorsieht.

Auf den telefonischen Hinweis des Gerichts, dass diese Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg die im Muster-Corona-Hygieneplan geregelte Testpflicht in einem anderen Verfahren als Allgemeinverfügung angesehen hat, hat die anwaltlich vertretene Antragstellerin wie folgt reagiert: Sie hat mit Schriftsatz vom 13. April 2021 gegenüber der Antragsgegnerin gegen den Ausschluss vom Schwimmtraining Widerspruch eingelegt und beantragt im gerichtlichen Verfahren zuletzt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin und einer nachfolgenden Klage gemäß § 80 Abs. 5 VwGO anzuordnen bzw. wiederherzustellen,

hilfsweise festzustellen, dass der Widerspruch der Antragstellerin gegen die Nichtzulassung zum schulischen Sporttraining aufschiebende Wirkung hat.

Über den Widerspruch wurde noch nicht entschieden.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Der Beigeladene ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Antragsgegnerin beigetreten unter Bezugnahme auf deren Anträge.

Das Gericht hat die Beteiligten auf Probleme der Zuständigkeit des Hamburgischen Schwimmverbandes für den Ausschluss vom Schwimmtraining hingewiesen, soweit dieser als schulischer Unterricht anzusehen ist.

Auf den Inhalt der Gerichtsakte wird Bezug genommen.

II.

Die Kammer versteht den Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin nach § 88 VwGO seinem Wortlaut entsprechend ausschließlich bezogen auf den Ausschluss vom schulischen Schwimmtraining. Soweit die Antragstellerin sich mit zahlreichen Argumenten auch gegen die Testpflicht von Schülerinnen und Schülern wendet, ändert dies nichts an dem von ihr klar bestimmten Antragsgegenstand.

Nach Auffassung des Gerichts stellt sowohl die im Muster-Corona-Hygieneplan angeordnete Testpflicht einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 HmbVwVfG dar (vgl. Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, Homepage des Gerichts, <https://justiz.hamburg.de/content-blob/15023622/a70d17671e9e8bfeb555e52768289e12/data/2-e-1706-21-beschluss-vom-15-4-21.pdf>, Abruf v. 28.4.2021) wie auch der ihr gegenüber ausgesprochene Ausschluss vom Schwimmtraining, soweit dieses auch ein schulisches Unterrichtsangebot darstellt (hierzu unter III.1.). Wenn sich die Antragstellerin ausdrücklich nur gegen den Ausschluss vom Schwimmtraining wendet und nicht zusätzlich gegen die Testpflicht, besteht kein Anlass, den gestellten Antrag erweiternd hinsichtlich eines weiteren, gesondert angreifbaren Verwaltungsakts auszulegen. Denn das Gericht darf gemäß § 88 VwGO nicht über das Antragsbegehren hinausgehen. Der Vortrag der Antragstellerin zur Testpflicht war auch nicht zwingend als Erweiterung des Antrags bezogen auf einen zusätzlichen Streitgegenstand zu verstehen, da die Rechtmäßigkeit der Testpflicht im Rahmen des verfügbaren Unterrichtsausschlusses inzident hätte geprüft werden können, wenn es darauf angekommen wäre. Da die anwaltlich vertretene Antragstellerin auch nach dem Hinweis des Gerichts auf die mögliche Unzuständigkeit des Beigeladenen für die Anordnung eines Ausschlusses vom schulischen Schwimmtraining an ihrem Antrag festgehalten hat, sieht das Gericht erst recht keine Veranlassung, den wörtlich gestellten Antrag erweiternd dahingehend auszulegen, dass auch die aufschiebende Wirkung eines noch nicht erhobenen Widerspruchs gegen die Testpflicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sein soll.

III.

Der Hauptantrag ist zulässig (hierzu unter 1.) und begründet (hierzu unter 2.). Einer Entscheidung über den Hilfsantrag bedarf es nicht.

1. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs ist zulässig.

a) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet. Soweit die Antragstellerin Rechte aus dem Schulverhältnis geltend macht und sich gegen einen Ausschluss von einer schulischen Veranstaltung bzw. vom Schulunterricht wendet, betrifft der Streitgegenstand öffentliches Recht. Der durch den Beigeladenen verfügte Ausschluss vom Schwimmtraining stellt jedenfalls bezüglich der beiden zweistündigen Trainingseinheiten pro Woche einen Ausschluss von schulischem Sportunterricht dar, da es sich diesbezüglich um eine Versagung von benotetem Präsenz-Schulunterricht handelt. Insoweit unterliegt die Antragstellerin der Schulpflicht gemäß § 28 Abs. 2 HmbSG und kann einen Teilhabeanspruch geltend machen. Dass der Sportunterricht durch einen Verwaltungshelfer, hier den beigeladenen Hamburger Schwimmverband, durchgeführt wird und dieser auch den Ausschluss ausgesprochen hat, ändert seine Qualität und die damit verbundene Einordnung der Maßnahme in das öffentliche Recht nicht. Da dem Hamburger Schwimmverband und seinen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen keine hoheitlichen Befugnisse übertragen wurden, sondern sie nur Hilfstätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Aufgabenerfüllung ausführen, sind die beim Hamburger Sportverband mit dem schulunterrichtsersetzenden Schwimmtraining betrauten Personen als Verwaltungshelfer anzusehen. Die Antragsgegnerin hält die Maßnahme des Beigeladenen zudem für rechtmäßig, sodass ihr der Ausschluss zuzurechnen ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist auch dann eröffnet, wenn ein gegebenenfalls hierfür unzuständiger Rechtsträger einer Schülerin oder einem Schüler Rechte aus dem Schulverhältnis verwehrt und der passiv legitimierte Rechtsträger diese Entscheidung deckt.

b) Der hier nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellte Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Ausschluss vom Unterricht ist auch statthaft.

Zunächst liegt ein statthafter Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 HmbVwVfG vor. Der Ausschluss einer Schülerin oder eines Schülers vom Unterricht ist ein belastender Verwaltungsakt, der in deren bzw. dessen Recht auf Bildung eingreift. Er betrifft nicht lediglich die interne Ordnung in der Schule (sog. „Betriebsverhältnis“), sondern trifft eine Regelung, die nach ihrer Zielrichtung und Intensität das Verhältnis des Schü-

lers zu seiner Schule in rechtlich relevanter Weise inhaltlich gestaltet (sog. „Grundverhältnis“; vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 7.5.2019, 3 M 93/19, juris Rn. 4, zum Ausschluss von einer Klassenfahrt). Nach dem Vorbehalt des Gesetzes bedarf er deshalb einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (OVG Hamburg, Beschl. v. 15.1.2021, 1 Bs 237/20, juris Rn. 75 unter Bezugnahme auf Niehues/Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 432; zum Ausschluss von einer Klassenfahrt OVG Magdeburg, a.a.O., Rn. 3). Im Unterschied zur Testpflicht wird der Ausschluss vom Präsenzunterricht nicht unmittelbar durch Ziffer 1.2 Satz 3 des Muster Hygieneplans geregelt, sondern bedarf einer einzelfallbezogenen Entscheidung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Der Umstand, dass der Ausschluss von dem hierfür unzuständigen Hamburger Schwimmverband verfügt wurde (hierzu unter 2.), nimmt der Maßnahme nicht ihre regelnde Eigenschaft als Verwaltungsakt, sondern betrifft lediglich die sachliche Zuständigkeit.

Zu Recht hat die Antragstellerin die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs beantragt. Denn der Widerspruch gegen den Ausschluss vom Unterricht, der aus infektionsschutzrechtlichen Gründen verfügt wurde, besitzt nach Auffassung der Kammer von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (ebenso VG Münster, Beschl. v. 4.12.2020, 5 L 1019/20, juris Rn. 4). Hier vertritt die Kammer dieselbe Rechtsauffassung wie bezüglich der Maskenpflicht auf dem Schulgelände bzw. im Unterricht (vgl. Beschl. v. 12.3.2021, 2 E 797/21, n. veröff.). Auch diesbezüglich ist die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO durch Bundesgesetz ausgeschlossen, nämlich durch § 28 Abs. 3 IfSG i.V.m. § 16 Abs. 8 IfSG. Gemäß § 28 Abs. 3 IfSG gilt für Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 § 16 Abs. 5 bis 8 IfSG entsprechend. § 28 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz IfSG sieht vor: Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a Abs. 1 und in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Gemäß § 16 Abs. 8 IfSG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach den Absätzen 1-3 keine aufschiebende Wirkung.

Unschädlich ist nach Auffassung der Kammer, dass es sich bei dem Schulausschluss nicht unmittelbar um eine Maßnahme nach § 28 Abs. 1 IfSG handelt, sondern um eine Maßnahme aufgrund einer Ermächtigungskette. Die Antragsgegnerin kann sich nur nach § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-EindämmungsVO richten. Diese Verordnung basiert wiederum auf der Ermächtigung der Bundesländer zum Erlass von Rechtsverordnungen in

§ 32 Satz 1 IfSG für Maßnahmen, die unter den Voraussetzungen ergehen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind (zur Ermächtigungskette vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 15.1.2021, a.a.O., juris Rn. 34). Inhaltlich sind bei den durch Rechtsverordnung vorgesehenen Ge- und Verboten somit stets die Voraussetzungen der §§ 28, 28a IfSG zu prüfen. Es handelt sich somit sowohl nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 32 Satz 1 IfSG als auch nach Sinn und Zweck des Unterrichtsausschlusses nach verweigerter Coronavirustest um eine infektionsschutzrechtliche Maßnahme nach § 28 Abs. 1 IfSG. Denn § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG verweist ausdrücklich auf den Katalog der Regelbeispiele, u.a. somit auf jenes in § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG. Diese Norm ermöglicht die Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen wie Schulen oder die Erteilung von Auflagen für die Fortführung ihres Betriebes. Um eine solche Auflage handelt es sich bei der sanktionsbewehrten Testpflicht für Schülerinnen und Schüler.

2. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs und einer eventuellen Klage ist auch begründet.

a) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist sie passiv legitimiert, d.h. das Begehren richtet sich zu Recht gegen sie. Sie ist für die Gewährung des schulischen Sportunterrichts zuständig und unterstützt zudem die Entscheidung des Beigeladenen, die Antragstellerin hiervon auszuschließen. Wie bereits oben dargestellt, handelt es sich jedenfalls bei den beiden zweistündigen Trainingseinheiten pro Woche, die vom Hamburger Schwimmverband als Ersatz für Schulsportunterricht angeboten durchgeführt werden, um Sportunterricht. Gegen den Ausschluss von weiteren Trainingseinheiten, die nicht als Schulsport zu werten sind, wendet sich die Antragstellerin mit ihrem Widerspruch und im vorliegenden Verfahren ausdrücklich nicht.

b) Anträgen nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist stattzugeben, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des Betroffenen an einem einstweiligen Nichtvollzug gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung vorrangig erscheint. Dabei wird ein das öffentliche Interesse überwiegendes Individualinteresse des Betroffenen regelmäßig dann angenommen, wenn der mit der Klage angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist, wohingegen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung in der Regel zu bejahen ist, wenn sich der Verwaltungsakt als offensichtlich rechtmäßig erweist und zudem ein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO vorliegt. Lässt sich bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung weder das eine noch das andere feststellen, hängt der Erfolg des

Antrags ohne Berücksichtigung der Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren davon ab, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung oder das entgegenstehende private Interesse an der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache überwiegt. Schließt der Gesetzgeber auf der Grundlage des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO – wie hier gemäß § 28 Abs. 3 i. V. m. § 16 Abs. 8 IfSG – die aufschiebende Wirkung der Klage aus, so schlägt das Vollzugsinteresse im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei offenem Prozessausgang in der dann gebotenen Interessenabwägung mit erheblichem Gewicht zu Buche. Das bedeutet aber nicht, dass sich dieses Interesse gegenüber dem Aufschubinteresse regelhaft durchsetzt.

Im vorliegenden Fall überwiegt das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin, da der angegriffene Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung offensichtlich formell rechtswidrig ist.

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO kann im Musterhygieneplan insbesondere eine Pflicht zur Durchführung von Coronavirus-Tests nach § 10d vorgesehen und die Teilnahme an schulischen Veranstaltungen und das Recht zum Betreten des Schulgeländes von einem Coronavirus-Test mit negativem Ergebnis abhängig gemacht werden. § 23 Abs. 1 Satz 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO regelt weiter, dass Personen, die gegen Vorschriften des Musterhygieneplan verstoßen, von der Schulleitung vom Schulgelände verwiesen und von schulischen Veranstaltungen außerhalb des Schulgeländes ausgeschlossen werden sollen. Dies gilt nach Satz 5 nicht, wenn im Einzelfall die Einhaltung des Musterhygieneplan eine besondere persönliche Härte bedeutet. Allein diese Ermächtigungsgrundlage kommt für den Ausschluss von schulischen Veranstaltungen in Betracht. Da eine normative Ermächtigungsgrundlage für den Ausschluss vom Unterricht erforderlich ist und eine solche auch vorliegt, kann für die vorliegende Fallkonstellation die Ausübung des Hausrechts für die verbandseigene Schwimmhalle durch den beigeladenen Schwimmverband den Ausschluss nicht rechtfertigen.

Das Gericht weist klarstellend darauf hin, dass die Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auf weitere Trainingseinheiten, die keinen Sportunterricht darstellen, keine Anwendung findet. Insoweit dürften das Hausrecht des beigeladenen Schwimmverbandes und dessen Hygienevorgaben Geltung beanspruchen. Soweit die Antragsgegnerin darauf verweist, die Rechte des beigeladenen Hamburgischen Schwimmverbandes und möglicher weiterer Athleten, die gleichzeitig während der Unterrichtseinheiten die Schwimmhalle nutzten, müssten berücksichtigt werden, sodass nur der Beigeladene den Ausschluss vom Unterricht verfügen dürfe, folgt das Gericht dieser Auffassung nicht.

Die Ermächtigungsgrundlage des § 23 Abs. 1 Satz 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sieht ausdrücklich keine Ausnahme für Unterrichtseinheiten vor, die von Dritten durchgeführt werden. Auch ist es der Antragsgegnerin bzw. der funktionell zuständigen Schulleitung möglich, beim Ausschluss eines Schülers oder einer Schülerin aufgrund eines nicht vorhandenen Coronatests vom Leistungstraining eines Sportverbandes, das als Sportunterricht bewertet wird, die Interessen des Sportverbandes und weiterer betroffener Sportler und Sportlerinnen zu berücksichtigen. Soweit es hierzu Unstimmigkeiten käme, wäre dies intern zwischen dem Beigeladenen und der Antragsgegnerin zu regeln.

Der hier durch den beigeladenen Hamburger Schwimmverband angeordnete Ausschluss vom Sportunterricht ist gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO formell rechtswidrig, weil er nicht durch die funktionell zuständige Schulleitung gemäß § 89 Abs. 1 des Hamburgischen Schulgesetzes (HmbSG) verfügt wurde. Weder liegt ein Fall der Vertretung durch die stellvertretende Schulleiterin oder den stellvertretenden Schulleiter gemäß § 89 Abs. 1 Satz 2 HmbSG vor, noch eine nach § 89 Abs. 1 Satz 3 HmbSG erfolgte und zulässige Delegation. Gemäß § 89 Abs. 1 Satz 3 HmbSG kann die Schulleiterin oder der Schulleiter einzelne Aufgaben der Schulleitung auf die stellvertretende Schulleiterin oder den stellvertretenden Schulleiter, auf Inhaberinnen und Inhaber von Funktionsstellen nach § 96 HmbSG oder im Ausnahmefall auf andere Lehrkräfte der Schule übertragen. Im vorliegenden Fall wurde schon nicht dargelegt, dass eine Delegation vorgenommen wurde, zudem wäre eine Übertragung der Befugnis zum Ausschluss vom Unterricht nach § 23 Abs. 1 Satz 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auf einen Sportverband als Verwaltungshelfer nach dieser Norm nicht zulässig.

Der aufgezeigte Zuständigkeitsmangel ist auch nicht nach § 46 VwVfG unerheblich. Nach dieser Vorschrift kann die Aufhebung eines nicht wichtigen Verwaltungsakts nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Dass der Beigeladene als Verwaltungshelfer anstelle der Schulleitung der von der Antragstellerin besuchten Schule die streitige Entscheidung getroffen hat, stellt eine Verletzung der normativ geregelten innerbehördlichen bzw. funktionellen Zuständigkeit dar, bei der es sich um einen Unterfall der fehlenden sachlichen Zuständigkeit handelt (vgl. VG Köln, Urt. v. 10.6.2015, 21 K 4151/14, juris Rn. 66 ff. m.w.N., ebenso VG Berlin, Urt. v. 27.9.2016, 12 K 233.15, juris Rn. 22). Die besondere und ausschließliche Erwähnung der örtlichen Zuständigkeit in § 46 VwVfG gebietet den Schluss, dass diese Vorschrift für den Fall der Verletzung von

Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit keine Geltung beanspruchen kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.9.1982, 8 C 138.81, juris Rn. 16). Dies hat zur Folge, dass der hier gegebene Mangel der Zuständigkeit des Beigeladenen schon aus diesem Grund nicht nach § 46 VwVfG unerheblich ist. Ungeachtet dessen liegen die Voraussetzungen des § 46 VwVfG, wenn man diesen auf den vorliegenden Zuständigkeitsmangel für anwendbar hielte, nicht vor. Denn es ist nicht im Sinne dieser Vorschrift offensichtlich, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Die Annahme der Offensichtlichkeit im Sinne von § 46 VwVfG ist ausgeschlossen, wenn nach den Umständen des Falls die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Verfahrensfehler eine andere Entscheidung getroffen worden wäre. Im vorliegenden Fall setzt der Ausschluss von einer schulischen Veranstaltung oder vom schulischen Präsenzunterricht eine Ermessensvorentscheidung voraus einschließlich der Prüfung, dass kein Härtefall gemäß § 23 Abs. 1 Satz 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorliegt. Einen solchen hat die Antragstellerin geltend gemacht, es ist jedoch nicht ersichtlich, dass er vor dem Erlass der angegriffenen Verfügung geprüft wurde. Es besteht somit die Möglichkeit, dass die zuständige Schulleitung eine andere Entscheidung trifft als der Beigeladene.

Da bereits aus diesem Grund die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin anzuordnen ist, bedarf es keiner Prüfung des Gerichts, ob eine hypothetische Verfügung der Schulleitung im Hinblick auf die verweigerte Testung materiell rechtmäßig wäre.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 VwGO. Auch dem Beigeladenen waren Kosten aufzuerlegen, da er sich dem Antrag der Antragsgegnerin angeschlossen hat.

Der Streitwert wurde gemäß § 52 Abs. 1 GKG festgesetzt.

...

...

...